

WYROK

z dnia 25 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2020 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04.08.2020 r. przez wykonawcę **IMMITIS Spółka z o.o. ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Stołeczną Policji Nowolipie 2, 00-150 Warszawa** przy udziale wykonawcy

Allclouds.pl Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 139, 02-231 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty odwołującego **IMMITIS Spółka z o.o. ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz** oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert wraz z podjęciem czynności zmierzających do ustalenia zgodności treści oferty z SIWZ
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i
 - zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100,00 (jedenaście tysięcy sto) złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.
3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **IMMITIS Spółka z o.o. ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz** kwoty 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych tytułem nadmiarowej kwoty wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze orzeczenie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Komenda Stołeczna Policji ul. Nowolipie 2, 00-150 Warszawa, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawy zestawów komputerowych”, nr ref. WZP-3611/20/184/Ł.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30.06.2020 roku pod numerem 555060-N-2020.

W dniu 30 lipca 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Allclouds.pl Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 139, 02-231 Warszawa . Równocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu części ofert w tym i oferty złożonej przez wykonawcę Immrfis Sp. z o.o. w Bydgoszczy ul. Dworcowa 83, 85 - 009 Bydgoszcz, który to wykonawca od czynności odrzucenia jego oferty wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu dokonania czynność odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, w szczególności z powodu zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz zaniechania poprawienia przez zamawiającego omyłek w ofercie odwołującego, innych niż oczywiste omyłki pisarskie lub rachunkowe, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Podnosząc powyższe zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 7 Pzp poprzez uznanie, że odwołujący złożył ofertę sprzeczną z SIWZ podlegającą odrzuceniu z uwagi na nieusuwalny i istotny charakter niezgodności,

- art. 87 ust. 1 PZP w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp *a contrario* i art. 7 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ bez uprzedniego odebrania wyjaśnień co do zachodzących zdaniem zamawiającego rzekomych niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, polegających na:

a) wskazaniu modelu oferowanego procesora jako AMD RYZEN PRO 3200G, który zdaniem Zamawiającego nie znajduje się w katalogach producenta i nie widnieje na listach PassMark CPU, podczas gdy pełna nazwa modelu oferowanego procesora to AMD RYZEN

3 PRO 3200 G, który to model figuruje zarówno- jako oferowany przez producenta na jego stronach internetowych, jak i na stronie <http://www.cpubenchmark.net> (wskazanej przez Zamawiającego) i spełnia wszelkie wymagania SIWZ, a także brak jest innego modelu procesora, który posiadałby pozostałe oznaczenia (AMD RYZEN; PRO 3200G) takie, jak wskazany przez Odwołującego,

ewentualnie również na:

b) wskazaniu mocy oferowanego zasilacza jako „nie większa niż 280W”, zamiast podania konkretnej wartości mocy zasilacza, mimo iż podana przez Wykonawcę wartość mieściła się w przedziale zakreślonym przez zamawiającego i potwierdzała spełnianie wymagań minimalnych określonych przez zamawiającego;

c) niewskazaniu w sposób wyraźny jako parametru oferowanego urządzenia w zakresie jego pamięci RAM „możliwość rozbudowy do 32 GB”, mimo że w przypadku urządzenia oferowanego o konfiguracji określonej jednoznacznie w treści oferty (w szczególności poprzez parametry płyty głównej i procesora) taka możliwość stanowi standard i wynika z pozostałych postanowień oferty i bez poprawienia przez zamawiającego w/w omyłek w treści oferty, innych niż oczywiste omyłki rachunkowe lub pisarskie, podczas gdy charakter rzekomych w/w niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ sprawiał, iż poprawienie omyłek nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty a w konsekwencji- uznanie zachodzących „niezgodności” z treścią SIWZ za istotne i niemożliwe do skorygowania i odrzucenie oferty Odwołującego Immitis mimo braku podstawy prawnej i faktycznej;

a jako konsekwencję powyższych naruszeń również:

- naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i nast. Pzp, poprzez niedokonanie wyboru oferty Immitis jako najkorzystniejszej, pomimo iż przedmiotowa oferta była zgodna z SIWZ, kompletna, oferowane dostawy spełniały wymogi określone w SIWZ i załącznikach do niej, odwołujący nie podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a ocena oferty Immitis dokonana zgodnie z określonymi w treści SIWZ kryteriami plasowała ją na I miejscu spośród złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu ofert.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania :

- unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty
- unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego
- dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a nadto:

- wezwaniu odwołującego do wyjaśnień co do treści złożonej oferty, w zakresie modelu oferowanego procesora

ewentualnie także w zakresie :

- dokładnej mocy zasilacza oferowanego urządzenia
- możliwości rozbudowy w zaoferowanym urządzeniu pamięci RAM

Jak z powyższego wynika oferta odwołującego została odrzucona z powodu :

- niewskazaniu w treści załącznika do oferty sporządzonego według wzoru jak w załączniku nr 3 do SIWZ mocy oferowanego zasilacza,
- niezaoferowaniu możliwości rozbudowy pamięci RAM do 32 GB
- wskazania modelu oferowanego procesora jako AMD RYZEN PRO 3200G, który zdaniem zamawiającego nie znajduje się w katalogach producenta i nie widnieje na listach PassMark CPU.

Odwołujący odnosząc się do podstawy odrzucenia oferty z powodu rzekomego niezaoferowania zasilacza o właściwej mocy podał, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ- Opis Przedmiotu Zamówienia w poz. 14 Zasilacz, zamawiający oczekiwał, że zasilacz, w który wyposażone będą oferowane urządzenia, będzie zasilaczem energooszczędnym o mocy nie większej niż 280W oraz sprawności na poziomie min. 90%, który zostanie dostarczony wraz z kablem zasilającym -złącza: Hybrydowe typu C/E/F męskie - IEC C13 ,min. 1.8m, kolor czarny.

Dodał, że wykonawcy składający oferty zobligowani byli wypełnić przedmiotowy załącznik nr 3 do SIWZ w zakresie kolumny Oferowane parametry techniczne asortymentu przy czym w końcowej części załącznika, pod tabelami, Zamawiający zamieścił ogólne sformułowanie-instrukcję o treści: Uwaga: ** Zamawiający informuje, że należy wpisać parametry techniczne oferowanego asortymentu. Niedopuszczalne są wpisy typu: tak, spełnia, posiada lub temu podobne.*

Podał, że treść załącznika nr 3 do SIWZ jest albo- błędnie interpretowana przez Zamawiającego, albo jest nieprecyzyjna w stopniu uzasadniającym dokonanie jej wykładni na korzyść Odwołującego. Zamawiający, opisując sposób wypełnienia formularza (w końcowej części załącznika) wymagał podania parametrów technicznych oferowanego urządzenia (nie dopuszczając opisów typu „tak”; „spełnia”; „posiada” lub temu podobnych). Jednocześnie w niektórych pozycjach, w kol. III doprecyzowywał, jakie dodatkowo informacje winny się w nim znaleźć. W szczególności dopisek taki pojawia się w poz. 1 Komputer (wymóg podania modelu, typu i nazwy producenta komputera) czy też poz. 5 Procesor (wymóg podania modelu procesora). Płyne z tego jasny wniosek, że wszędzie tam, gdzie Zamawiający wymagał podania skonkretyzowanych informacji dot. dokładnych właściwości oferowanego urządzenia, umieszczał stosowną informację w treści odpowiedniej rubryki. W pozostałych przypadkach obowiązek Wykonawcy sprowadzał się do podania parametrów technicznych zgodnych z treścią SIWZ (w tym OPZ).

Odnosząc się do zaoferowanej mocy zasilacza podał, że jeżeli zamawiający pewne parametry określał jako minimalne lub maksymalne (jak np. moc zasilacza), wystarczające było wskazanie, że oferowane urządzenie wyposażone zostanie w zasilacz o takiej właśnie

(nie większej niż 280 W) mocy. Odpowiadająca temu wymogowi treść oferty odwołującego nie pozostaje w tej sytuacji w jakiegokolwiek sprzeczności z treścią SIWZ.

W zakresie oferowanej pamięci RAM podał, że w poz. 21 nie przeniesiono (najpewniej na skutek omyłkowego usunięcia fragmentu tekstu przy przenoszeniu treści z kol. 3 do kol. 4) do opisu parametrów technicznych pamięci operacyjnej RAM oferowanego urządzenia, sformułowania o możliwości jej rozbudowy do 32 GB. Niezależnie bowiem od omyłkowego charakteru tego opuszczenia, parametrem technicznym pamięci RAM oferowanego urządzenia nie jest informacja, czy w urządzeniu można zainstalować większą, rozbudowaną pamięć RAM, a jedynie (podane przez Odwołującego) dane dotyczące jej pojemności, technologii jej wykonania, taktowania i trybu pracy (podobnie jak parametrem technicznym komputera wymaganym do podania w poz. 1 tabeli jest jego model, nie zaś informacja, czy będzie wykorzystywany dla potrzeb aplikacji biurowych, dostępu do Internetu oraz poczty elektronicznej, jako lokalna baza danych). Podkreślił, iż sporny wymóg z poz. 21 odczytywać należy nie - jako fakt zaoferowania przez Wykonawcę rozbudowy pamięci RAM, a jako oczekiwanie zamawiającego, że w przedmiotowym urządzeniu taka rozbudowa będzie możliwa technicznie. Możliwość taką determinują natomiast nie - parametry zainstalowanej pamięci (które należało podać w poz. 21), a parametry płyty głównej, do której pamięć będzie instalowana, takie jak ilość slotów pamięci RAM. Przedmiotowe parametry określone zostały natomiast przez Odwołującego w sposób, który determinuje wniosek o istnieniu w zaoferowanym urządzeniu możliwości takiej rozbudowy. Oczekiwany przez zamawiającego zakres rozbudowy jest bowiem standardem rynkowym i na rynku nie występują urządzenia, wyposażone w płytę główną taką, jak zaoferowana przez odwołującego (o 2 slotach, obsługującej procesor AMD RYZEN 3 PRO 3200G), które nie umożliwiałyby zainstalowania w każdym ze slotów kości pamięci RAM o pojemności min. 16 GB (tj. łącznie 32 GB).

W zakresie trzeciej niezgodności w oparciu o którą zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego tj. oferowanego procesora podał, że kwestionowanych parametrów przez zamawiającego (model procesora) został przez odwołującego wskazany w sposób nienastręczający trudności w jego identyfikacji, a tym samym - sprzeczność z treścią SIWZ nie zachodzi, a omyłka ma charakter nieistotny. W oznaczeniu modelu pominięto bowiem omyłkowo wyłącznie jedną cyfrę (wskazano na model AMD RYZEN PRO 3200G zamiast AMD RYZEN 3 PRO 3200G). Przedmiotowa omyłka nie jest jednak pomyłką istotną, albowiem w ofercie producenta AMD nie występuje inny procesor RYZEN o oznaczeniu PRO 3200G, niż zaoferowany AMD RYZEN 3 PRO 3200G, który spełnia wszystkie wymogi SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust.1 i 87 ust.2 pkt 3 podał, że nawet gdyby Izba uznała, że wyżej opisane niedoskonałości oferty odwołującego stanowią jednak o jej sprzeczności z treścią SIWZ należy podkreślić, że nie uprawniało to jeszcze zamawiającego do jej odrzucenia. Opisane w pkt. 1 powyżej

okoliczności, w tym- ich zakres, a także łatwość w ustaleniu precyzyjnej treści oferty (w przypadku uznania, że jest ona niedostateczna) determinowały bowiem obowiązek zastosowania przez Zamawiającego procedury, opisanej w art. 87 ust. 1 Pzp a następnie (względnie- od razu, bez potrzeby odbierania wyjaśnień) dokonania korekty oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

Naruszenie zamawiającego polegałoby zatem w razie nieuwzględnienia zarzutu jak w pkt. 1 powyżej na odrzuceniu oferty odwołującego bez uprzedniego wezwania go do wyjaśnienia treści oferty w zakresie spornych parametrów. W orzecznictwie KIO utrwalony jest pogląd, zgodnie z którym niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ. Zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ - por. wyrok KIO z dnia 2.08.2019r. sygn KIO 1374/19. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom .

Podkreślił, że wyjaśnienie rzekomych niezgodności było w pełni możliwe w zasadzie- już tylko w oparciu o pełną analizę całej treści oferty, a już z pewnością- w drodze wezwania Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień nt. jej treści. Bezsprzecznie bowiem potrzeba uzupełnienia brakującej cyfry w oznaczeniu modelu procesora której nie da się uzupełnić na więcej niż jeden sposób, czy też doprecyzowanie konkretnej mocy zasilacza (mieszczącej się zgodnie z ofertą w wyznaczonych przez Zamawiającego parametrach maksymalnych) nie stanowi o niezgodnościach istotnych a tym bardziej- nieusuwalnych. Podobnie wątpliwość co do niewskazania w sposób wyraźny w poz. 21 tabeli na możliwość rozbudowy pamięci operacyjnej RAM do 32 GB w sytuacji, w której relewantne oświadczenie znalazło się w części I i pkt. 11.8 Formularza Oferty a także wobec braku w ofercie oświadczenia przeciwnego, wymagała po prostu- wyjaśnienia, a z pewnością winno ono nastąpić przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty.

Zamawiający w złożonej na piśmie odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania jako całkowicie niezasadnego. Odnosząc się do trzech podstaw faktycznych obejmujących według zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią SIWZ podał, że aby uniknąć braku podania pewnych danych w zakresie oferowanych komputerów zamawiający w Załączniku nr 3 do SIWZ podał, że *żąda wskazania dokładnych parametrów technicznych oferowanego asortymentu jednocześnie zastrzegając, że niedopuszczalne są wpisy typu: tak, spełnia, posiada lub temu podobne.*

W stosunku do wszystkich parametrów określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ zamawiający wskazał minimalne ramy w zakresie których mogą poruszać się wykonawcy oferując określony produkt. W związku z mnogością istniejących rozwiązań technologicznych na rynku komputerów, zamawiający stworzył tabelę, która ma na celu jednoznaczne wykazanie zamawiającemu jakimi dokładnymi parametrami technicznymi będzie się charakteryzowało urządzenie, które zostanie przez Wykonawcę zaproponowano zamawiającemu do kupienia. Samo określenie producenta/typu/modelu urządzenia nie charakteryzuje jego parametrów technicznych, gdyż jak zamawiający miał okazję przekonać się wielokrotnie, na życzenie Wykonawcy, producent może zainstalować w danym urządzeniu różnego rodzaju podzespoły, które nie występują w takim urządzeniu standardowo. Tabela ze szczegółowymi specyfikacjami technicznymi ma również za zadanie umożliwienie zamawiającemu nie tylko jednoznacznego określenia, czy dane urządzenie spełnia wymogi zamawiającego, prowadzi również do przejrzystości postępowania, gdyż inni wykonawcy mogą jednoznacznie stwierdzić jakie urządzenie oferuje konkurencja. Daje ona również zamawiającemu narzędzie do jednoznacznego zweryfikowania otrzymanego urządzenia pod względem zgodności z ofertą. Parametr mocy zasilacza i jego wydajności, jest jednym z podstawowych parametrów komputera podobnie jak rodzaj zastosowanego procesora, czy wielkość i rodzaj zastosowanej pamięci masowej. Takie informacje muszą być sprecyzowane jednoznacznie aby mieć pewność, że urządzenie spełnia parametry założone przez zamawiającego i żeby zamawiający miał punkt odniesienia przy ocenie dostarczonych urządzeń. Zamawiający nie akceptuje jako prawidłowej oferty o treści „komputer o parametrach określonych przez zamawiającego” tylko żąda wskazywania konkretnych rozwiązań zastosowanych w komputerze. To oznacza, że należy jednoznacznie wskazać o jakiej mocy zostanie zastosowany zasilacz oraz jaką ma wydajność. Podobnie ma się kwestia oferowanej pamięci operacyjnej. Zamawiający wymagał wskazania, jaką ilość jakiego rodzaju pamięci będzie miał zaoferowany komputer, oraz czy będzie on miał możliwość rozbudowania, w przyszłości tej pamięcią, a jeżeli tak to o ile. Na rynku są różne rodzaje podzespołów, oferujące różną funkcjonalność może ona być mniej lub bardziej rozbudowana. Zamawiający musi mieć pewność, że zaoferowany produkt spełnia założone przez niego wymogi. W tym przypadku Wykonawca nie potwierdził, że oferowana płyta główna będzie miała możliwość rozbudowania użytkowanej pamięci operacyjnej. Brak takiego zapewnienia oznacza, że wykonawca dostarczy zamawiającemu urządzenie nie spełniające nałożonych przez niego wymogów. W kwestii procesora, obowiązkiem Wykonawcy jest podanie zamawiającemu modelu procesora oraz wskazania jaki wynik uzyskuje on w teście wydajności. Zamawiający używa tych danych również do weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod względem sprawdzenia czy zaoferowany procesor faktycznie spełnia parametry określone przez zamawiającego. Nakłada to na Wykonawcę

obowiązek zaferowania jednego z rozwiązań którego wyniki testowe widnieją na wskazanej przez zamawiającego stronie internetowej, Wskazany przez Wykonawcę procesor nie widnieje na tej stronie. Zamawiający nie jest producentem czy sprzedawcą procesorów i nie musi posiadać wiedzy, czy jakiś procesor jest lub nie jest produkowany. Dlatego wymaga wskazania przez Wykonawcę nazwy, typu, modelu procesora tak aby mógł go wyszukać i zweryfikować. Argumentacja, że to tylko jedna litera/cyfra różnicy oznacza, że można wpisać zamiast 8 GB RAM 4 czy zamiast 2xUSB 3.0 1xUSB 3.0 i też będzie tylko jedna litera/cyfra różnicy, a Zamawiający ma się domyślić że to nie to co jest napisane jest mu oferowane tylko coś „co miał na myśli Wykonawca” ale tego nie wyraził na piśmie. Zamawiający po to wymagał wypisania parametrów technicznych urządzenia aby konkretnie wiedzieć co jest mu oferowane i żeby jednoznacznie móc stwierdzić że to co jest oferowane spełnia bądź nie spełnia wymogi Zamawiającego,

Wykonawca składając ofertę powinien wskazać parametry oferowanego asortymentu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, aby nie budziły wątpliwości zamawiającego co do tego jaki asortyment zaferował. Podkreślił, że sam odwołujący wskazuje w odwołaniu, że aby ustalić czy oferowany asortyment spełnia wymagania zamawiający powinien wezwać odwołującego o wyjaśnienie treści oferty tym samym potwierdza, że informacje zawarte w ofercie nie były wyczerpujące i jednoznacznie Identyfikujące oferowany asortyment.

Podał, że Wykonawca składając ofertę, składa zobowiązanie o określonej treści. Jeżeli zamawiający wymaga wskazania modelu/parametrów oferowanego urządzenia, oznacza to tyle, że od samego początku istotne jest dla niego jakie urządzenie będzie przedmiotem umowy. Wykonawca powinien sporządzić ofertę zgodnie z wymaganiami SIWZ. Jeżeli tego nie uczynił i nie podał wymaganych danych, to w zaistniałym przypadku, nie ma podstaw do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż wyjaśnienie tej kwestii prowadziłoby do niedozwolonej negocjacji treści oferty oraz zmianę jej treści. Wobec powyższego, ofertę należy odrzucić jako niezgodną z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na poparcie swojego stanowiska co do prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego podał szereg orzeczeń sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu w treści przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego. Odnosząc się do poszczególnych podstaw odrzucenia wskazał, że zasadnym było odrzucenie oferty za brak zaferowania modelu procesora, wskazanie rodziny produktów. Zamawiający wymagał w poz. 5 OPZ: „należy podać model procesora”. W ofercie odwołujący wskazał jedynie typ (rodzinę) i nie wskazał „modelu”. 1.

Wykonawca zaferował typ (rodzinę) AMD Ryzen PRO 3200G, a nie konkretny

model. Rodzina (typ) procesora obejmuje wiele modeli: poniżej cytat z dokumentacji złożonej przez odwołującego: „Procesory AMD Proccsory AMO Procesory AMO Proccsory AMO Ryjwn * 3 PRO Ry/tn* 5 PRO Ryun*7PR0 RyzmTSPRO”. Podał, że nie może odwołujący po złożeniu oferty - składać drugiej oferty i oferować model, który zamierza dostarczyć. Oferowany model musi wynikać z oferty. Odwołujący po złożeniu oferty uzupełnia ofertę twierdząc, że zaoferował model 3. Równie dobrze, gdyby to było wygodne dla odwołującego, to odwołujący twierdziłby, że zaoferował model 7 lub 5 lub 9, bo wszystkie mieszczą się pod wspólnym parasolem typu (rodziny) AMD Ryzen Pro 3200 G.

Wskazując na zasadność odrzucenia oferty za brak zaoferowania zasilacza o odpowiedniej mocy podał, że zamawiający żądał zasilacza o mocy nie większej niż 280 W. Zamawiający wymagał wskazania konkretnych danych: nie minimum, nie maksimum, tylko konkretnych - ściśle oznaczonych. Mówi o tym instrukcja Zamawiającego: „*Zamawiający informuje, że należy wpisać parametry techniczne oferowanego asortymentu. Niedopuszczalne są wpisy typu: tak, spełnia, posiada lub temu podobne.” - s. 34 SIWZ.

Wykonawca nie wskazał mocy zasilacza, bo napisanie, że wykonawca oferuje „zasilacz o mocy nie większej niż 280 W” nie oznacza nic. Odwołujący nie określił przedmiotu świadczenia: ich zasilacz ma dowolną moc pomiędzy 0,1 a 280 W, czyli niczego nie określili, niczego nie zaoferowali, zamawiający nie wie co ma zamówić. Wykonawca nie może wybierać sobie po złożeniu oferty o jakiej mocy zaoferować zasilacz: czy o mocy 20, 90, 180, czy 280 W. To co teraz robi odwołujący, to próba przemycenia drugiej oferty do postępowania pod przykryciem wyjaśnień.

Natomiast w zakresie odrzucenie oferty za brak zaoferowania możliwości rozbudowy RAM do 32 GB podał, iż zamawiający żądał zaoferowania rozbudowy pamięci do 32 GB. Musiało to wynikać z oferty. Tym samym jeżeli w ofercie technicznej nie ma zaoferowanego asortymentu, to nie można poza ofertą doszukiwać się przedmiotu świadczenia. Stwierdził, że jego zdaniem wniesienie odwołania i próba obrony złożonej oferty jest próbą przemycenia drugiej oferty do postępowania pod przykryciem wyjaśnień. Nadto dodał, że każdy wykonawca ma te same warunki udziału w postępowaniu - muszą być równe (art. 7 Pzp). Nie można traktować lepiej odwołującego i wyciągać go za uszy i zezwalać mu na składanie nowej oferty, do-określanie przedmiotu świadczenia pod sztandarem wyjaśnień, odwołania, zewnętrznych dokumentów nie złożonych w postępowaniu, do tego po złożeniu oferty należy uznać za niedopuszczalne.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępujących zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest zasadne co najmniej co do części podniesionych w nim zarzutów jest zasadne i dlatego podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej gdyż odwołujący jest podmiotem, który w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę, aby w toku dalszego badania i oceny ofert przez zamawiającego jego oferta nie podlegała odrzuceniu. Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane Izbie w związku z wniesionym odwołaniem.

Dokonując oceny stanu faktycznego sprawy przedstawionego w odwołaniu Izba uznała, że w pełni wyczerpuje on zaistniałe w sprawie stany faktyczne i tym samym uznała, że brak jest podstaw do jego uzupełnienia. Również żaden z uczestników postępowania nie wnosił o uzupełnienie stanu faktycznego sprawy będącego przedmiotem orzekania przez Izbę. Także żaden z uczestników postępowania nie wnosił na etapie rozprawy o uzupełnienie sprawy o dalsze materiały dowodowe. Odwołujący i zamawiający różnią się w ocenie stanu faktycznego w szczególności co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych i ich ocenie prawnej.

Za wyrokiem KIO z dnia 9 czerwca 2017 r. sygn. KIO 1024/17 wskazać należy, że dla uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, czy też że jego oferta podlega odrzuceniu, konieczne jest udowodnienie okoliczności faktycznych mających być podstawą tych czynności, w żadnej mierze nie jest natomiast wystarczające jedynie podanie w wątpliwość spełniania wymagań czy to podmiotowych, czy przedmiotowych.

Na wstępie wskazać należy, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego z powodu ww. niezgodności był zapis pod tabelą załącznika nr 3 do SIWZ - Opis oferowanego przedmiotu zamówienia o treści: *Uwaga: *Zamawiający informuje, że należy wpisać parametry techniczne oferowanego asortymentu. Niedopuszczalne są wpisy typu: tak, spełnia, posiada lub temu podobne.* Powyższą informację zamawiający podniósł do rangi postanowień SIWZ. Zdaniem Izby takie stanowisko jest niezasadne, gdyż dla każdego profesjonalnego podmiotu wiadomym jest w jaki sposób należy formułować postanowienia SIWZ, które mogą być podstawą do odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z postawionymi wymaganiami. Powyższa treść zdaniem Izby, stanowi co najwyżej

oczekiwanie zamawiającego w celu usprawnienia procesu oceny poprawności ofert, natomiast nie jest wymaganiem bezwzględnym skutkującym możliwością odrzucenia oferty. Za takim stanowiskiem przemawia także chociażby treść wymagań zamawiającego podanych w kolumnie nr 3 tabeli oferowanych elementów z których ma być zbudowany oferowany komputer. Niektóre z tych pozycji opisują wprost konkretne oczekiwanie zamawiającego, inne natomiast wskazują zakres referencyjny, np. nie więcej niż Zdaniem Izby jeśli zamawiający oczekiwał podania wielkości oferowanego parametru konkretnego urządzenia to winien był umieścić takie żądanie chociażby w rozdziale SIWZ – Opis sposobu przygotowania ofert. Z analizy załącznika nr 1 i 3 do SIWZ można wywieść wnioski, że tam, gdzie zamawiający wymagał podania skonkretyzowanych informacji dot. dokładnych właściwości oferowanego urządzenia, umieszczał stosowną informację w treści odpowiedniej rubryki. Nadto dodać należy, że zwrot ” parametry techniczne” nie posiada w żadnej ustawie definicji legalnej, według encyklopedii PWN za parametr techniczny należy uznawać wielkość charakterystyczną dla danego materiału, procesu lub urządzenia. Aby wykonawcy mieli możliwość zastosowania się do tego wymagania, to z treści wymagań zamawiającego winien wynikać obowiązek podania konkretnej wartości. Przykładowo można wskazać, że jeśli zamawiający oczekiwał podania mocy oferowanego zasilacza, to zamiast treści „*Energooszczędny zasilacz o mocy nie większej niż 280W oraz sprawności (...)*” winien był sformułować wymóg podania konkretnej mocy oferowanego zasilacza w przedziale np. od 100 – 280W.

Przed oceną możliwości poprawy stwierdzonych przez zamawiającego niezgodności treści oferty z wymaganiami (oczekiwaniem) zamawiającego podać należy, że ustawa Pzp uzależnia możliwość uruchomienia przepisu art. 89 ust.1 pkt 2, tj. odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ od podjęcia próby naprawienia treści oferty w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 1-3 Pzp. Niewątpliwym jest, że błędy ludzkie w przygotowaniu dokumentacji ofertowej mogą się zdarzyć. Ustawodawca przewidział instytucję ich korygowania, stwarzając każdemu wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia możliwość jednokrotnego poprawienia zaistniałych omyłek. Jak ustalono w trakcie rozprawy zamawiający nie podjął ani próby wyjaśnienia treści oferty w oparciu o przepis art. 87 ust.1 Pzp, ani poprawy stwierdzonych błędów czy omyłek w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. W odpowiedzi na pytanie Izby o powód nie skorzystania z możliwości wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust.1 Pzp zamawiający podał, że próba wyjaśnienia tej kwestii byłaby niczym innym jak negocjacją oferty z zamawiającym. Izba nie uznaje zasadności takiego twierdzenia, gdyż dopóki zamawiający nie otrzyma wyjaśnień od wykonawcy nie może stwierdzić, że uzyskana treść jest próbą negocjowania treści oferty. Zauważyć należy, że to zazwyczaj treść pytania determinuje treść odpowiedzi wykonawcy i dlatego też zamawiający

winien tak sformułować treść pytania, aby było ono neutralne wobec możliwości zmiany treści oferty.

Wskazać należy, że w tym zakresie istnieje ugruntowana linia orzecznicza zgodnie z którą zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością, w razie stwierdzenia w ofercie uchybień, jest zobowiązany przede wszystkim do zbadania możliwości dokonania poprawy, a dopiero w przypadku uznania, że jest to niemożliwe, może odrzucić ofertę. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. Wyrok KIO sygn. KIO 522/11). Czynność odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania na Pzp jest czynnością ostateczną i winna być poprzedzona wezwaniem do wyjaśnień pozwalających na wykazanie przez że oferta jest zgodna z wymaganiami SIWZ (wyrok KIO sygn. 2294/10). Wskazać należy także na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku (XIX Ga 80/07), że w orzecznictwie sądów powszechnych, a także Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów ukształtował się pogląd, iż okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy.

Podnieść należy, że wyjaśnienia udzielone przez odwołującego w wyniku kolejnych wezwań zamawiającego nie mogą być pominięte. Stanowią one oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert nie może opierać się wyłącznie na formularzu oferty oraz formularzu cenowym, lecz winien poddać ocenie również złożone wyjaśnienia w kontekście zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami ustalonymi w treści siwz (por. wyrok KIO o sygn. 1443/09). Nadto za wyrokiem KIO 1327/09 stwierdzić należy, że zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych zapisów specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista.

Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie wskazanie omyłki mogą one być oceniane jako niestaranność wykonawcy w sporządzeniu oferty, natomiast nie zostało wykazane przez zamawiającego, że mają one znaczenie co do zawartości merytorycznej oferty odnoszącej się do opisu przedmiotu zamówienia opisanego przez zamawiającego w SIWZ. W przypadku odrzucenia oferty ciężar dowodowy spoczywa na zamawiającym, gdyż to zamawiający ze swojej czynności wywodzi określone skutki prawne. Podkreślić należy, że przepis art. 89 ust.

1 pkt 2 Pzp dotyczy jedynie niezgodności w sensie merytorycznym, nie formalnym. Zamawiający takiej niezgodności nie wykazał. Utrudniona możliwość oceny treści oferty nie stanowi elementu merytorycznego mogącego skutkować odrzuceniem oferty. Zamawiający winien wykorzystać cały potencjał możliwości aby jednoznacznie ustalić czy oferta jest niezgodna z SIWZ.

Brak intencji w tym zakresie zamawiającego, charakteryzuje stanowisko prezentowane w przy ustalaniu jaki procesor został zaoferowany. Odwołujący wskazywał, że przy podawaniu oznaczenia procesora nie została omyłkowo podana cyfra „3” i brak jest innego modelu procesora, który posiadałby pozostałe oznaczenia (AMD RYZEN; PRO 3200G). Taki procesor występuje tylko z cyfrą „3”. Zamawiający kwestionując wskazany przez odwołującego wykaz tego rodzaju procesorów, wskazał na inny procesor który ma również w oznaczeniu cyfrę „3” ale ma końcowe oznaczenie nie tylko samą literę „G” ale „GE”, twierdził, że być może jeśli we wskazanym modelu odwołujący zapomniał dopisać „3” to być może zapomniał także dopisać litery „E”.

Rekapitułując powyższe Izba uznała, że odnosząc się do treści art. 87 ust. 2 Pzp, a zwłaszcza art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należy stwierdzić, że ma on na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych bardzo doniosłe znaczenie. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 401/17), „intencją ustawodawcy w zakresie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie”. Taka sytuacja zdaniem Izby występuje w tym postępowaniu. Nie zostało wykazane dlaczego zamawiający uznaje, że po dokonaniu poprawy treści oferty, jak o to wnosi odwołujący, miałyby nastąpić istotna zmiany treści oferty.

Odnosząc się do stanowiska przystępującego, iż na przeszkodzie ewentualnej poprawy stwierdzonych niezgodności treści oferty z SIWZ, jest zasada z art. 7 ust.1 Pzp dotycząca równego traktowania wykonawców, gdyż w wyniku poprawy wykonawca uzyskał by możliwość doprowadzenia oferty do zgodności z SIWZ, a to działałoby się z pokrzywdzeniem wykonawców, którzy już od początku złożyli poprawne oferty. Izba uznając po części rację stanowiska przystępującego wskazuje jednak, że to sam ustawodawca przykładowo w takich przepisach jak art. 26 ust. 3 i 4; 87 ust.1 i 2 oraz 90 ust.1 Pzp daje możliwość wykonawcom poprawy ich ofert i zobowiązuje zamawiających do prowadzenia czynności wyjaśniających i naprawczych w celu doprowadzenia wadliwej oferty do stanu zgodności zarówno z ustawą jak SIWZ.

Izba uznała, zasadność zarzutu odwołania co do braku wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty i braku podjęcia przez zamawiającego możliwości poprawy nieścisłości w ofercie w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

Jednakże biorąc pod uwagę przedłożone dokumenty i dowody złożone przez odwołującego oraz na podstawie ustaleń w trakcie rozprawy Izba uznaje, że brak uzasadnionych podstaw do poprawy omyłek w treści oferty. W tym zakresie wskazuje, że nie zauważa niezgodności oferty w zakresie oferowanego zasilacza, gdyż brak jest sprzeczności oferowanej mocy z wymaganiem zamawiającego. Biorąc pod uwagę wykładnię językową postawionego wymagania stwierdzić należy, że miało zostać wskazanie iż zaoferowany zasilacz nie będzie miał wyższej mocy niż 280W. Powyższy wymóg nie został powiązany z innymi elementami komputera tym samym wielkość oferowanej mocy zasilacza niższa niż 280 W spełnia wymagania. Podobna sytuacja dotyczy kwestii oferowanego procesora, gdyż zostało wykazane w oparciu o załącznik 5.1, że ofertowane na rynku płyty, które mają dwa sloty i obsługują procesor, który został zaoferowany to każda z tych płyt daje możliwość rozbudowy, do co najmniej 32 GB a część z nich nawet do 64 GB. Niewątpliwie zaoferowana przez Odwołującego płyta taką możliwość dawała. Podobnie jak w przypadku procesora taką samą analizę zgodności oferty z SIWZ można przeprowadzić w zakresie pamięci RAM.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba uznała, że w ustalonym stanie faktycznym istnieje możliwość uznania zgodności treści oferty z SIWZ, przy czym zamawiający chcąc mieć pewność, iż uzyska komputery zawierające podawane w odwołaniu elementy może dokonać poprawy oferty w trybie art. 87 ust.2 pkt 3, informując o tym fakcie odwołującego wykonawcę, który winien złożyć oświadczenie w tym zakresie.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: